

ANTONIO PAGLIARO

PRINCIPI
DI
DIRITTO PENALE

Parte generale

NONA EDIZIONE

Riveduta e aggiornata da
Vincenzo Militello, Manfredi Parodi Giusino e Alessandro Spina

Sezione non inclusa

PARTE I

LA NORMA PENALE

CAPITOLO I
IL DIRITTO PENALE
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

1. Nozione di diritto penale.

Il diritto penale è costituito da quel complesso di norme giuridiche, le quali perseguono l'orientamento delle condotte umane con i mezzi della intimidazione e della emenda.

I. IL DIRITTO PENALE È UN COMPLESSO DI NORME GIURIDICHE. Sul concetto di diritto si contendono il campo due concezioni fondamentali: il diritto come *norma* e il diritto come *storia*.

a) La concezione tradizionale intende il diritto come *norma*, cioè come regola astratta di condotta. È questo un modo di pensare che trova le sue radici già nelle intuizioni dei popoli primitivi, presso i quali l'aspetto normativo del diritto è avvertito in maniera così decisiva, da indurre spesso a confondere il fenomeno giuridico con altri fenomeni (religione, morale, convenienza, ecc.), in cui pure si manifesta la posizione di una regola all'operare umano. Formulata in modo lapidario dai giuristi romani («*jus est norma agendi*»), questa concezione si è tramandata sino a noi insieme con la tradizione romanistica, culminando nelle costruzioni teoriche di studiosi⁽¹⁾, i quali, svolgendo fino agli ultimi corollari una nozione esasperatamente formale di norma, hanno costruito le così dette «teorie pure del diritto».

Pregio indiscutibile della opinione è l'aderenza al senso comune, perché alla esperienza individuale il diritto (oggettivo) si presenta come un vincolo all'operare e, dunque, come norma.

(¹) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1952 (la posizione è attenuata nella seconda edizione, tr. it., Torino, 1966); Cossio, *Panorama della teoria egologica del diritto*, in *Scritti Carnelutti*, I, Padova, 1950; Id., *La polemica anti-egologica*, in *Jus*, 1956, p. 386; Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 14 s.

Difetto ne è, invece, la scarsa importanza riconosciuta all'aspetto storico del diritto. Il modello logico della norma, considerata sempre identica a sé stessa, non consente di spiegare perché il diritto fluisca con la storia. Ci si nega così la comprensione di alcuni fondamentali problemi di teoria generale, come: la importanza della effettività perché un complesso di norme sia veramente diritto (un ordinamento soltanto pensato non è diritto); il formarsi spontaneo del diritto attraverso la consuetudine, senza che ciò significhi dare rilievo (col requisito della *opinio juris ac necessitatis*) a un errore di diritto sul contenuto della norma già esistente; il fenomeno della interpretazione evolutiva, per cui alla stessa regola astrattamente formulata possono corrispondere, in diversi momenti storici, norme giuridiche «vive» tra loro diverse; l'inutilità dei tentativi, più volte ripetutisi, di vietare ogni interpretazione che non si limiti a indagare sulla lettera della legge e sulla volontà soggettiva del legislatore.

b) La componente storica del diritto è stata avvertita con piena consapevolezza soltanto a partire dal secolo decimonono. Ad aprire la via fu la Scuola storica del diritto⁽²⁾, la quale però non seppe liberarsi dal concetto tradizionale di norma come regola astratta di condotta, finendo così con il dare origine a concezioni sempre più formalistiche, nelle quali il nucleo essenziale della originaria intuizione era praticamente disperso. Seguirono le correnti sociologiche⁽³⁾ e istituzionistiche⁽⁴⁾, che videro, rispettivamente, il diritto nella società come tale e nella società giuridicamente organizzata. Anche la dottrina nazista del «diritto vivente del popolo»⁽⁵⁾ intendeva il diritto come modo di essere della società in un dato periodo storico; viceversa, la dottrina comunista si è evoluta dalla originaria stretta osservanza marxista (e quindi storicistica), che richiedeva la configurazione del diritto come epifenomeno dei rapporti di forza tra classe dominante e classi soggette, verso opinioni sempre più legate a concezioni normativo-imperativistico-statali ormai da tempo superate

(2) Cfr. soprattutto SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1840 (la prima edizione è del 1814).

(3) DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893; DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé*, Paris, 1912; ID., *Les transformations du droit public*, Paris, 1913; EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913; GURVITCH, *Sociologia del diritto*, tr. it., Milano, 1957.

(4) HAURIU, *La théorie de l'institution et la fondation*, Paris, 1925; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., 1951; TRUSSARDI, *La legge penale*, Milano, 1951; DELOGU, *La loi pénale et son application*, Alessandria, 1951.

CAPITOLO II

LE FONTI DEL DIRITTO PENALE

1. La gerarchia delle fonti del diritto e le sue trasformazioni.

Si chiamano «fonti del diritto» gli accadimenti capaci di generare norme di diritto valide per l'ordinamento giuridico che si considera. Poiché in un ordinamento statale moderno tali fonti sono di diversi tipi, l'ordinamento stesso deve indicare quale di tali fonti prevalga nel caso di contrasto tra di loro.

Per questo motivo, in ogni ordinamento giuridico progredito è stabilita una «gerarchia» delle fonti del diritto, la quale, nel contrasto tra più fonti, serve a determinare la prevalenza di una sulle altre, assicurando così la certezza del diritto.

Nel nostro ordinamento positivo, la gerarchia delle fonti del diritto è la seguente. Al vertice stanno la Costituzione e le leggi costituzionali; seguono immediatamente le leggi ordinarie formali e le disposizioni aventi la medesima efficacia della legge ordinaria formale (decreti legislativi o leggi delegate; decreti legge; leggi regionali; leggi provinciali di Trento e Bolzano); un gradino più in basso stanno i regolamenti; l'ultimo posto è occupato dalla consuetudine.

Questa scala delle fonti consente di risolvere gli eventuali conflitti tra disposizioni di grado diverso in base al principio fondamentale che una disposizione può essere abrogata, modificata o derogata solo da una disposizione di grado superiore o del medesimo grado. Ad esempio, la Costituzione non può essere modificata da una legge ordinaria formale, né quest'ultima può esserlo da un regolamento.

È da tenere presente, peraltro, che alcune norme individuali create da organi particolari o da privati possono derogare a norme poste attraverso disposizioni generali anche se di grado assai elevato. Così, un negozio giuridico può derogare alle disposizioni di legge che non abbiano carattere cogente; una sentenza passata in giudicato può derogare persino alle disposizioni di grado costituzionale.

La rigida struttura gradualistica delle fonti ha peraltro un valore interno all'ordinamento giuridico preso in considerazione. Invece, ordi-

namenti diversi ben possono presentare differenze tanto nelle fonti da ciascuno ammesse quanto nella rispettiva gerarchia, come pure è possibile che, per qualificare una situazione concreta, si debba ricorrere a norme di ordinamenti diversi, i cui rapporti reciproci sono regolati in termini non gerarchici, ma di varia interazione. Per di più, l'interprete che è chiamato alla relativa soluzione deve ricordare regole rinvenibili a diversi livelli ordinamentali e a tal fine deve operare con canoni che non siano di razionalità formale, ma piuttosto di apprezzamento dei valori in gioco ai fini di un loro bilanciamento o meno.

Alla sicura sequenza della scala piramidale delle fonti, in cui il giudice trova già in astratto i criteri per individuare la norma applicabile al caso concreto in una «tavola chiusa» di riferimento, si è così sovrapposta una diversa e più complessa struttura in cui le norme si dispongono «a rete» e i rispettivi sistemi normativi si intersecano variamente, in quanto collocati a livelli ordinamentali diversi. Da qui una indiscutibile crescita di complessità nei rapporti fra norme, di fronte alla quale la ricerca, da parte del giudice, delle norme applicabili ai fatti in esame è apparsa avvenire ormai in un «labirinto»⁽¹⁾.

2. Il principio di legalità nel diritto penale.

Nel diritto penale il problema delle fonti del diritto è tradizionalmente affrontato a partire dal fondamentale «principio di legalità», che viene anche specificato in termini di «riserva di legge»⁽²⁾. Tali

⁽¹⁾ Per tale immagine, MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012. Cfr. anche DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, specie p. 45 s.; MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it.*, 2014, p. 115 s.; PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, p. 41 s., 134 s.

⁽²⁾ Sul punto, VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 493 s.; ID., *Nullum crimen sine lege*, in *Digesto*, VIII, Torino, 1994, p. 278; PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, II serie, Napoli, 1965, p. 185 s.; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 1 s.; SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Milano, 1968, p. 40 s.; ID., *Irretroattività della legge in materia penale*, Milano, 1969, p. 84 s.; MOR, *Le sanzioni disciplinari e il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970; PAGLIARO, *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1040 (ora in *Scritti 1956-2008*, vol. III, p. 321 s.); P.G. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella costituzione italiana*, Milano, 1972; MARINI, «*Nullum crimen, nulla poena sine lege*», in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950 s. (che distingue tra principio di legalità e riserva di legge); MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 3 s., 39 s.; BOScareLLI, «*Nullum crimen sine lege*», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; PALAZZO, *Legge penale*, in *Digesto*, VII, Torino, 1993, p. 343 s.; TRAPANI, *Legge penale*, in *Enc.*

espressioni convergono nel limitare le fonti del diritto penale alle disposizioni che nella gerarchia delle fonti del diritto siano di grado pari o superiore alla legge ordinaria formale, escludendo invece quelle di grado inferiore.

I. FONDAMENTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ. Il pensiero politico illuministico-liberale che precedette e accompagnò la Rivoluzione Francese ebbe cura di propugnare, per la tutela del cittadino, il principio della «divisione dei poteri». I poteri statuali non dovevano essere accentrati in un solo organo, che avrebbe potuto facilmente abusarne, ma dovevano essere ripartiti tra organi diversi, in modo che questi organi potessero, entro certi limiti, controllarsi a vicenda. Furono individuati, così, il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giudiziario, che dovevano essere attribuiti a organi ben distinti tra loro⁽³⁾.

In quest'ambito ideologico, si pensò di attuare nel modo migliore la tutela della libertà del cittadino, riservando agli organi legislativi dello Stato il potere di emanare disposizioni penali. Infatti, il divieto, per gli organi amministrativi, di porre norme penali sottrae il cittadino a eventuali abusi da parte di tali organi; mentre la esclusione della consuetudine dalle fonti del diritto penale fa diminuire, per il cittadino, l'alea che il giudice determini arbitrariamente la norma da applicare.

La validità politica del principio di legalità per la produzione di norme penali è tale, che esso, una volta penetrato negli ordinamenti moderni dell'Europa continentale, non è stato abbandonato, neppure dove la ideologia liberale è entrata in crisi. Basti qui ricordare che esso è stato tenuto in vigore (almeno formalmente) anche in Germania, sotto il regime nazista, e nell'U.R.S.S., durante il periodo staliniano⁽⁴⁾.

giur. Treccani, XVIII, Roma, 1990; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, cit., p. 29 s.; PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Indice penale*, 2002, p. 433; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 99 s.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*⁸, cit., p. 17 s.

⁽³⁾ Si veda la famosa opera di MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Londres, I, 1777 (in part. p. 312).

Sul fondamento politico della riserva di legge, JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, p. 117 s. Sui problemi storici, CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, p. 21, 44; nonché i contributi raccolti in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale. Quaderni fiorentini XXXVI*, 2007, e in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di IPPOLITO, Napoli, 2014. Per gli ordinamenti di *common law*, cfr. POMORSKI, *American Common Law and the Principle nullum crimen sine lege*, Warszawa, 1975; CADOPPI, *Common Law e principio di legalità*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, cit., p. 1161 s.

⁽⁴⁾ Cfr. VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in tema di analogia*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, p. 907; NUVOLONE, *La riforma del § 2 del cod. pen. germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938,

Anche rispetto alle recenti trasformazioni costituzionali, che ne hanno segnato il collegamento strutturale a organizzazioni sovranazionali di varia natura e portata, il superamento di una concezione piramidale chiusa in sé stessa dell'ordinamento giuridico statale non ha affrancato il nuovo ordine giuridico multilivello dalle esigenze sostanziali di garanzia affidate al principio di legalità penale, pur richiedendo forme giuridiche adeguate al pluralismo degli ordinamenti che ormai concorrono a realizzarlo⁽⁵⁾.

II. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL NOSTRO DIRITTO POSITIVO. LA RISERVA DI LEGGE COME RISERVA ASSOLUTA E IL NUOVO PRINCIPIO DELLA RISERVA (RELATIVA) DI CODICE. a) L'art. 25 della vigente Costituzione stabilisce, nei due capoversi, che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e che «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

Queste disposizioni, che nelle intenzioni del legislatore costituente rappresentavano l'esplicito accoglimento, a livello costituzionale, del principio di legalità per tutti i rapporti penali (e, cioè, tanto per quelli sanzionati con pene, quanto per quelli sanzionati con misure di sicurezza) sono, per la verità, formulate in modo assai imperfetto.

Il primo capoverso dell'art. 25, nella sua espressione letterale, fa pensare a un riconoscimento del divieto di retroattività per la norma pe-

p. 530; ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale sovietico*, in *Sc. pos.*, 1930, I, p. 444; NAPOLITANO, *Evoluzione del diritto penale sovietico*, in *Giust. pen.*, 1931, 1017; ID., *Il nuovo codice penale sovietico*, Milano, 1963; PISAPIA, *Nuovi principi di diritto penale nella Repubblica Sovietica*, in *Riv. it.*, 1960, p. 157 s.; DURIGATO, *Uno studio di diritto penale socialista*, Padova, 1976.

Limitatamente alle contravvenzioni, il principio di legalità sembra da tempo abbandonato nel diritto penale francese, come conferma il nuovo codice penale francese del 1992: cfr. già BRICOLA, *Limiti di operatività della regola «nullum crimen sine lege» nel diritto penale francese*, in *Indice penale*, 1967, p. 22 s. V. pure PADOVANI, *La «restaurazione» del principio di legalità nel diritto penale francese*, in *Foro it.*, 1974, p. 28 s. dell'estratto; PERSIO, *Il principio di legalità nell'ordinamento giuridico francese (irretroattività della legge penale)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1299 s.

(5) Su tali trasformazioni le riflessioni sono molteplici: ad es. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005; BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012; PALIERO ed altri. (a cura di), *La crisi della legalità: il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016; PINO, *Legalità penale e Rule of Law*, in PINO-VILLA (a cura di), *Rule of law and legal culture in Europe*, Bologna, 2016, p. 177 s.; PELLIZZONE (a cura di), *Principi di diritto penale comparato*, Milano, 2017; MANFREDI, *Common law*

CAPITOLO III
INTERPRETAZIONE E ANALOGIA

1. Il procedimento interpretativo.

I. NOZIONI PRELIMINARI. La legge, che nel nostro ordinamento è la sola fonte del diritto penale, è formata da proposizioni linguistiche. Per determinare quali siano le norme poste dalla legge penale, è necessario, dunque, indagare sul significato di tali proposizioni. Questo momento della ricerca giuridica assume il nome di «interpretazione»⁽¹⁾.

Per porre in modo corretto il problema della interpretazione, è opportuno tenere presenti due conquiste della moderna linguistica. Superate le concezioni prescientifiche del linguaggio, oggi si riconosce che non vi è alcun legame «ontologico» tra un certo segno linguistico e il suo significato. Il legame è, in astratto, arbitrario: esso si costruisce solo sul piano della storia, perché in una data comunità e in un dato momento storico a un segno linguistico è connesso un certo significato. Inoltre, è stato avvertito come il segno linguistico compiuto sia non la parola singola, bensì la frase nel suo complesso, perché il sapere generico inerente alle parole isolatamente considerate soltanto qui acquista concretezza e univocità⁽²⁾.

Per risalire dal segno linguistico al suo significato, occorre in primo luogo porlo in rapporto con il sistema funzionale di segni che costituisce la lingua in cui è espresso. Questa conoscenza, ancora puramente linguistica, deve essere completata ponendo in rapporto gli elementi così ricavati con il sapere già esistente. Si può in questo modo asurgere alla conoscenza concettuale e, in particolare, alla conoscenza scientifica.

II. I MOMENTI DELLA INTERPRETAZIONE GIURIDICA. Queste nozioni, qui rapidamente tratteggiate, possono essere applicate al settore della

⁽¹⁾ La letteratura è vastissima. Ci limitiamo a ricordare l'insuperato lavoro di BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949 (ristampa, 1971).

⁽²⁾ Antonino PAGLIARO, *Linguaggio*, in *Enciclopedia Filosofica*, III, Firenze, 1969.

esegesi giuridica. Si chiarirà così la reale posizione dei «momenti della interpretazione», i quali sono tramandati dalla dottrina più per esigenze empiriche, che per un'effettiva consapevolezza della loro funzione nel processo conoscitivo.

a) Il «*momento letterale*» della interpretazione indica la presa di contatto dell'interprete con le singole parole di cui è costituita la proposizione normativa. È il primo momento dell'interpretazione; tuttavia, esso non è sufficiente, perché consente di apprendere solo il sapere generico, di cui sono portatori i singoli termini di una frase. Il vero segno linguistico compiuto è la frase; perciò a questa nel suo complesso si deve rivolgere l'attenzione dell'interprete.

b) Nel c.d. «*momento logico*», l'interpretazione comincia a tenere nel dovuto conto tale esigenza. Oggetto dell'indagine non è più la singola parola, ma la disposizione nel suo complesso. La proposizione normativa viene assunta nel suo ruolo di segno linguistico unitario e viene riportata al sistema funzionale di segni che costituisce la lingua di tutti i giorni. Il risultato così ottenuto è ancora incompleto, perché potrebbe darsi che la proposizione normativa non sia stata formulata con esclusivo riferimento alla lingua di tutti i giorni, ma appartenga, invece, in tutto o in parte, al sistema linguistico tecnico-giuridico.

c) Di ciò tiene conto il c.d. «*momento sistematico*» della interpretazione. Esso pone in rapporto la disposizione di legge con il sistema funzionale di segni offerto dal linguaggio tecnico-giuridico. Devono essere tenuti presenti, soprattutto, gli usi linguistici della legge e della scienza del diritto, nonché le indicazioni che possono risultare dai lavori preparatori e dall'attività interpretativa della giurisprudenza.

Alle volte sorge il dubbio se una qualche espressione (es.: «possessione») sia stata impiegata dalla legge nel senso della lingua comune oppure nel senso tecnico di un'altra branca del diritto (es.: diritto civile). La questione deve essere risolta caso per caso; tuttavia si può ammettere una tendenziale preferenza del legislatore penale per l'uso comune, posto che nel diritto penale più si manifesta la necessità, per la legge, di essere ben comprensibile ai consociati, delineando in modo plastico e con efficacia suggestiva le note della condotta vietata.

d) Infine, somma importanza ha il «*momento teleologico*». Le proposizioni linguistiche impiegate dalla legge costituiscono il segno di una operazione diretta a creare norme giuridiche per la tutela di certi interessi o, comunque, per il perseguimento di certi scopi nella società. La conoscenza delle condizioni obiettive della società, in presenza delle quali

una certa prescrizione giuridica trova la sua giustificazione funzionale, è, dunque, un momento ineliminabile del processo conoscitivo del diritto.

Bisogna badare, però, a non cadere in equivoco. Talvolta la dottrina ha ritenuto decisivo, ai fini di stabilire il significato della norma, lo scopo subiettivo del legislatore, cioè il fine che si riprometteva l'individuo (o il complesso di individui) che ha creato la norma. Ma lo scopo subiettivo del legislatore non si identifica con la obiettiva funzione della norma, posto che, una volta emanata, la disposizione ha una vita propria nel mondo del diritto. L'inserirsi della disposizione nuova nel sistema giuridico, mentre modifica quest'ultimo, ha, per la circolarità dei processi dello spirito, anche l'effetto di sottoporre la disposizione alle regole del sistema.

La storicità del mondo del diritto vieta di dare rilievo decisivo alla volontà subiettiva del legislatore, esauritasi nel momento stesso in cui l'atto normativo è posto. Piuttosto, bisogna badare alla funzione che, in base a un'analisi fondata sulle strutture sociali, sui principi accolti e ulteriormente sviluppati dalla giurisprudenza, sui valori etico-religiosi riconosciuti nella comunità giuridica, sulla c.d. natura della cosa, sulle reazioni più o meno univoche di tutti i consociati capaci di giudizio, sulle esigenze dello sviluppo economico, sull'adeguazione sociale ecc., si può supporre propria della disposizione in esame. Tutti questi elementi, per sé pregiuridici, entrano in questo modo nel processo di determinazione dell'ordinamento giuridico positivo. Né la disposizione di legge, né tali elementi possono da soli offrire il significato di una norma: questo risulta dall'incontro della disposizione, come segno linguistico, con il complesso delle conoscenze, tra le quali, come è logico, assumono particolare rilievo quelle relative alla materia da regolare. L'interpretazione, da quest'angolo visuale, si rivela come il vero processo produttivo del diritto, perché gli elementi che essa pone in rapporto sono soltanto un segno linguistico e un complesso di conoscenze: il significato normativo scaturisce soltanto dal loro incontro.

Si trova così la corretta spiegazione teorica al fenomeno, più volte rilevato dalla dottrina, dell'inserirsi nel processo esegetico di elementi per sé estranei alla disposizione. Si spiega, ad esempio, perché tra più interpretazioni possibili di un testo di legge venga preferita quella che meglio risponde alle esigenze etiche, educative, sociali, della comunità per la quale esso deve avere vigore; si spiega perché ogni evoluzione storica, che influisca sulla *ratio*, influisca sul contenuto della norma.

D'altra parte, si spiega pure perché il possibile significato del termine costituisca il limite della interpretazione. Il momento teleologico della esegesi, in quanto suppone una proposizione linguistica da interpretare e dunque l'impiego degli altri momenti della interpretazione,

non può condurre a risultati che esolino dal quadro dei possibili significati ricavabili dalla proposizione normativa in base all'impiego dei momenti letterale, logico e sistematico.

Gli ideali della certezza e delle concretezza del diritto, nel contrasto dei quali «giustizia si accampa contro giustizia»⁽³⁾, appaiono così contemperati, perché la legge penale posta a oggetto necessario di interpretazione, in quanto impiega un sistema linguistico di segni, ha in sé stessa i propri limiti, che sono determinati dalla latitudine funzionale del sistema; a sua volta, il dato sociale, la cui considerazione è necessaria per intendere il dato della legge, dà in qualche misura la garanzia che il diritto penale non si distacchi dalla realtà della vita e possa valutare ogni singolo caso concreto secondo le esigenze che vi si manifestano⁽⁴⁾.

III. BENE GIURIDICO E INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE. Queste condizioni obiettive della società, in presenza delle quali una certa prescrizione giuridica trova la sua giustificazione funzionale, possono essere indicate con la espressione «bene giuridico». In questo senso, può considerarsi esatto il detto comune, che il bene giuridico è un elemento indispensabile per conoscere il contenuto della norma penale.

Bisogna, però, tenere presente che spesso la espressione «bene giuridico» è impiegata in dottrina pure per indicare lo scopo della norma (o il suo momento centrale) e, pertanto, esprime il significato della norma stessa. Inteso in questo senso, il concetto di bene giuridico è di grande utilità per determinare: *a*) se l'adempimento formale dei contrasegni indicati nella fattispecie comporti sempre un turbamento dei valori giuridici e, perciò, sempre costituisca reato (per es.: è furto l'impossessamento di una cosa di nessun valore?); *b*) quale sia la titolarità del diritto di consentire la lesione (art. 50 c.p.) o del diritto di querela o di istanza (art. 120 e 130 c.p.); *c*) in che senso si debbano risolvere certe questioni sulla unità o pluralità dei reati. Ma non può servire per intendere la disposizione da cui la norma è posta, perché in questa seconda

⁽³⁾ ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus*, 1959, p. 442.

⁽⁴⁾ Questo ci sembra il giusto mezzo tra la tesi tradizionale e formalistica della natura puramente dichiarativa della interpretazione e le dottrine del diritto libero, della giurisprudenza degli interessi, della giurisprudenza dei valori, le quali non riescono a chiarire come mai elementi extragiuridici possano influire sulla interpretazione del diritto, senza distruggere l'autonomia del mondo del diritto.

CAPITOLO IV

LA SCIENZA DEL DIRITTO PENALE

1. Cenni storici.

La maggior parte delle trattazioni di diritto penale (e di storia del diritto) sottovaluta l'importanza della storia dei concetti penalistici. Essa, invece, è un capitolo di storia giuridica che meriterebbe di essere studiato a fondo, perché molto spesso l'origine di un concetto ne spiega ancora oggi la funzione, mentre la sua evoluzione nel corso dei tempi consente di comprendere talune sfasature che si possono verificare nella costruzione del sistema.

Lo scarso interesse, che la dottrina ha per la storia dei concetti penalistici, deriva dalla circostanza che nel diritto penale romano mancò una elaborazione scientifica paragonabile, sia pure lontanamente, a quella del diritto civile. Ciò non toglie, peraltro, che già nel Medio Evo si sia formata una dottrina penalistica veramente ragguardevole.

I. I GLOSSATORI. La formazione di concetti penalistici distinti da quelli del diritto privato ebbe luogo con molta lentezza. Dopo il mille, i Glossatori del *Corpus Juris* giustiniano cominciarono ad apporre annotazioni di qualche rilievo ai così detti *Libri terribiles*, che riguardavano la materia criminale. Essi, privi come erano della prospettiva storica, agivano con la intenzione subiettiva di renderne più esplicito il significato letterale, quasi che fosse possibile dare nuova vita a un diritto già morto. Ma il risultato, e il merito, della Glossa fu quello di cogliere, nella congerie di regole desumibili dalla compilazione giustiniana, le linee essenziali di un diritto nuovo che si adeguava alle profonde trasformazioni intervenute nella società.

Nel campo penalistico, per vero, questa adeguazione ai tempi nuovi non ebbe la stessa ampiezza che nel settore privatistico; e tuttavia un progresso si manifestò, tanto è vero che nei secoli XIV e XV i nuovi studiosi del diritto penale avvertirono la necessità pratica di porre a oggetto immediato della loro indagine, più che i testi romani, la Glossa, che esprimeva una parziale adeguazione storica alla società del tempo.

II. I COMMENTATORI. Furono questi studiosi (c.d. commentatori) a creare la prima vera e propria dottrina del diritto penale europeo e a delinearne, di conseguenza, i principi basilari: i quali, elaborati originariamente in Italia, si diffusero poi con modalità varie, che qui non è il caso di ricordare, a tutti i Paesi dell'Europa continentale⁽¹⁾.

È importante notare come i principi fondamentali delle legislazioni penali europee di oggi siano quelli stessi del diritto comune. Anzi, attraverso la contrapposizione tra regole enunciate allora e rispettive eccezioni, lo studio del diritto comune consente di cogliere quali principi veramente rispondevano e rispondono in pieno alle esigenze della coscienza giuridica europea e quali deroghe venivano invece poste per più o meno contingenti motivi di opportunità pratica.

III. L'ILLUMINISMO. Si vede, in questa prospettiva, come sotto certi aspetti fosse vana, perché antistorica, la critica mossa dagli illuministi alla dottrina del diritto comune. Con il pretesto che il diritto dovesse essere regolato sulla natura umana, nei suoi caratteri essenziali e perciò costanti e comuni, si accusò il sistema penale di essere arretrato, in quanto costruito sul diritto romano (senza avvedersi che la relazione di identità ormai era soltanto apparente, perché un nuovo diritto europeo regolava la società); si attaccò il suo collegamento con i principi cristiani (come se questi non facessero parte essenziale del patrimonio culturale europeo), la ispirazione a interessi politici (come se ogni diritto, compreso quello propugnato dagli illuministi, non fosse collegato a interessi politici), la derivazione più da studi teorici sulla legislazione che non dalla legislazione vera e propria (mentre questo era appunto il fattore che aveva consentito il trasformarsi del diritto romano e dei diritti barbarici nel diritto della nuova società), lo specchiarsi nel diritto penale della particolare società del tempo e non della società universale (come se quest'ultima fosse qualcosa di più che un'astrazione filosofica).

Malgrado il favore che, a suo tempo, accompagnò le teorie illuministiche sul diritto penale (qui basti ricordare Cesare Beccaria)⁽²⁾, esse per questi vizi storici non potevano influire direttamente sulla dogma-

⁽¹⁾ Su tale svolgimento storico: ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*², Aalen, 1965; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, 1930; ID., *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, 1954.

Una elencazione dei principi penalistici elaborati dai Commentatori è contenuta nelle prime tre edizioni di questi *Principi di diritto penale*.

⁽²⁾ Sul punto, SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932; CAVANNA, *op. cit.*; TESSITORE, *Cesare Beccaria: l'uomo e il mito. Idealizzazione e*

tica penalistica. Piuttosto, come movimento ideologico che si riallacciava al tramonto della società feudale e al sorgere della società mercantile, l'illuminismo rese palesi taluni difetti del sistema penale. La diseguale considerazione dei cittadini nella società non poteva più essere sopportata, come non lo potevano la degenerazione delle dottrine penalistiche, che dalla metà del secolo XVI non avevano più saputo seguire il passo dei tempi, e gli eccessi della prassi, che comportava la inflizione di pene troppo gravi dimenticando o volgendo a fini discriminatori l'espedito della *poena extraordinaria* inventato a fini di equità nei tempi più antichi. Di conseguenza, l'illuminismo giovò al ristabilimento della eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale e alla loro maggiore tutela dallo strapotere statale. Importanti furono, ad esempio, la quasi generale diminuzione delle pene, che la coscienza giuridica avvertiva in molti casi come sproporzionate (si pensi, soprattutto, alla polemica contro la pena di morte), e la esplicita regolamentazione del principio di legalità e del divieto di analogia. Inoltre, una maggiore razionalizzazione del diritto penale condusse a eliminare taluni residui medioevali, come la inclusione della eresia e della stregoneria tra i fatti costituenti reato. Ma l'influsso maggiore l'illuminismo lo ebbe nel campo della procedura penale, con il ritorno, almeno parziale, dal sistema inquisitorio al sistema accusatorio.

IV. LA SCUOLA CLASSICA E LA SCUOLA POSITIVA. Nell'ambiente politico-culturale determinato dall'illuminismo maturò la Scuola classica del diritto penale. Anziché esaminare il diritto vigente, questi studiosi procedevano per via di operazioni deduttive da postulati giusnaturalistici e contrattualistici. Tuttavia, utilizzarono con grande maestria le categorie dogmatiche già elaborate dai post-glossatori, innestando così un nuovo contenuto politico in concetti antichi. Fermarono in modo particolare la loro attenzione sui presupposti filosofici della punibilità, insistendo sui concetti di libertà del volere e di pena retributiva⁽³⁾.

Con il venire alla ribalta del positivismo filosofico, l'aver imperniato il sistema penale su presupposti, che ormai venivano considerati

realtà storica, Milano, 2008; PALOMBI, *Beccaria oggi. La giustizia penale agli inizi del terzo millennio*, Napoli, 2013.

(3) Gli esponenti più autorevoli furono: CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, tr. it., Malta, 1847; PELLEGRINO ROSSI, *Trattato di diritto penale*, tr. it., Torino, 1859; e soprattutto CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*⁵, Lucca, 1877-1883; *Opuscoli di diritto penale*², Lucca, 1877.

Blandamente hegeliana, è, invece, la impostazione di PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882.

come superati, provocò, come logica reazione, il sorgere della Scuola positiva⁽⁴⁾. Questa sostituì ai principi filosofici di marca illuminista il nuovo verbo del positivismo; negò la libertà del volere, per affermare un rigido determinismo causale. Da questo angolo visuale, la pena retributiva perdeva ogni significato e doveva essere sostituita con misure preventive. Il sistema penale doveva assumere un volto del tutto diverso.

Il merito della Scuola positiva fu quello di polarizzare l'attenzione sulla personalità del delinquente, ponendo in primo piano un problema che, pur di quando in quando sfiorato, non aveva mai costituito oggetto autonomo della ricerca penalistica. Liberata dalle incrostazioni dovute al legame con il positivismo filosofico, la pericolosità sociale del delinquente è oggi un fattore di cui tiene conto tutto il diritto penale europeo, anche dove formalmente la nozione è ripudiata preferendosi parlare di pericolosità dell'azione.

2. Gli orientamenti attuali.

I. LA SITUAZIONE ODIERNA DELLA SCIENZA PENALISTICA. Il conflitto tra Scuola classica e Scuola positiva si protrasse a lungo. Nei primi decenni del secolo XX si formò la Scuola eclettica⁽⁵⁾, che cercò senza troppo successo di conciliare i principi dell'una con quelli dell'altra.

Ci si avvide, a questo punto, di ciò che sarebbe già dovuto essere evidente fin dall'inizio.

Per chi vuole studiare il contenuto di un certo diritto positivo, le premesse filosofiche contano ben poco. Un acceso sostenitore della libertà del volere non può negare che in certe condizioni l'uomo si comporta in un modo che, in tutto o in parte, può trovare adeguata spiegazione solo nelle leggi causali. D'altra parte, il più accanito seguace del positivismo filosofico non può mettere in dubbio che, il più delle volte, da un punto di vista pratico, l'uomo deve essere trattato come se fosse libero nella scelta della propria condotta.

Se, quindi, si prendono le mosse non da astratte premesse filosofiche, ma da quelle che sono le esigenze della vita sociale, l'opposizione tra Scuola classica e Scuola positiva si sfuma progressivamente, sino a diventare quasi impercettibile. Lo studio del diritto, disancorato dalle

(4) LOMBROSO, *L'uomo delinquente*³, Torino, 1897; FERRI, *Sociologia criminale*⁵, Torino, 1925; GAROFALO, *La mischia*², Torino, 1931.

(5) Cf. *La mischia*², Torino, 1931; *Il diritto penale*, Napoli, 1902; CARNE

CAPITOLO V

LA VALIDITÀ DELLA NORMA PENALE
NEL TEMPO E NELLO SPAZIO**1. Il concetto di validità.**

I. LA VALIDITÀ IN SENSO TECNICO. Nel senso della teoria generale del diritto, validità di una norma significa appartenenza della norma all'ordinamento che si considera. Così, una norma penale italiana sarà valida, in quanto sia prodotta secondo le forme e i principi stabiliti nella Costituzione della Repubblica.

In quest'ambito concettuale, si può distinguere tra validità in senso formale, la quale concerne la conformità della norma ai modi di produzione giuridica stabiliti nell'ordinamento (cfr., ad es., l'art. 25 Cost.)⁽¹⁾, e validità in senso sostanziale, la quale implica la rispondenza del contenuto delle norme ai principi costituzionali (cfr., ad es., l'art. 27 Cost.).

Della validità in senso formale ci siamo occupati a proposito delle fonti; quanto alla validità in senso sostanziale, essa viene in rilievo a proposito di questioni singole, sicché ne tratteremo quando se ne presenterà l'occasione.

II. LA VALIDITÀ IN SENSO EMPIRICO. Spesso nella scienza del diritto penale (e non soltanto in essa) si impiega il termine « validità » (o anche « applicabilità ») in una accezione ben diversa, volendo indicare sinteticamente i requisiti comuni a tutti i casi che un gruppo di norme regola. Si parla allora di validità delle norme penali rispetto al tempo, rispetto al luogo, rispetto alle persone, rispetto alla materia, per designare che i

⁽¹⁾ A questo tipo di validità si riferiscono anche l'art. 73 terzo comma Cost. (« Le leggi... entrano in vigore il decimoquinto giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso »), nonché l'art. 10 delle disposizioni sulla legge in generale (« Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto »).

Sui problemi trattati in questo capitolo, PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1973, p. 1054 e *Id.*, *Legge penale nel tempo*, *ivi*, p. 1063. (ora in *Scritti 1956-2008*, vol. III, rispettivamente p. 341 s. e 355 s.).

fatti, per potere rientrare nell'ambito di previsione di quel gruppo di norme, devono essersi verificati in un certo tempo e in un certo luogo, devono essere attribuibili (come leciti o illeciti) a una certa categoria di persone, devono comprendere certi requisiti strutturali.

In questo peculiare significato, la validità si risolve in un aspetto della fattispecie delle singole norme: aspetto che viene posto in evidenza perché disciplinato in modo unitario per un complesso di norme. Ad esempio, le fattispecie di molti reati comprendono il requisito che il fatto deve essere commesso nel territorio dello Stato. Se questo requisito viene posto in evidenza per tutte le norme che lo contengono, si dirà che l'ambito della loro validità nello spazio è costituito dal territorio dello Stato.

La trattazione unitaria dei requisiti di validità giova sia alla legislazione, sia alla scienza del diritto. La legislazione ne è agevolata, perché in questo modo non è necessario ripetere per ogni singola norma quali ne siano i limiti spaziali, temporali e personali di validità: basta una enunciazione per tutto un gruppo di norme. E la semplificazione si riflette sul piano della scienza del diritto, perché anche qui sarà sufficiente esporre una volta per tutte la dottrina della validità delle norme penali.

2. La validità della norma penale nel tempo.

I. PREMESSE STORICO-POLITICHE. Il principio basilare, al quale si ispirano gli ordinamenti dell'Europa continentale, è quello della irretroattività della legge penale incriminatrice: «*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*».

Questo principio, che mira alla salvaguardia della libertà individuale, risale, nella sua prima esplicita formulazione normativa, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Qui, all'art. 8, era stabilito: «Nul ne peut être puni, qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée».

Per le stesse vie di conquiste militari e di influssi di pensiero, attraverso le quali le altre acquisizioni politico-culturali della Rivoluzione francese si diffusero nel resto d'Europa, il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice penetrò nelle legislazioni dell'Europa continentale. Rimase estraneo, invece, agli ordinamenti anglosassoni⁽²⁾,

⁽²⁾ Cfr. POMORSKI, *American Common Law and the principle nullum crimen sine lege*, Warszawa, 1975, p. 35 s. Più in generale, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999.

anche se nel sistema di *common law* il vincolo del giudice alle decisioni precedenti può, nella maggior parte dei casi, determinare un effetto pratico simile a quello prodotto dalla irretroattività della legge.

Le due diverse concezioni sono entrambe ispirate al giusnaturalismo. Ma l'una pone in primo piano la esigenza di tutela dell'uomo e del cittadino contro possibili abusi del potere politico; l'altra accentua la esigenza di giustizia sostanziale nel caso concreto. Per la prima, in nessun caso si può punire per un fatto che non costituiva reato nel momento in cui fu commesso; per la seconda, vi sono casi, sia pure eccezionali, in cui la esigenza di giustizia sostanziale soverchia il rispetto per il « precedente ».

Un'applicazione di principi propri degli ordinamenti di *common law* si è avuta nei processi di Norimberga e di Tokio contro i criminali di guerra⁽³⁾. In questi processi i Tribunali ritennero che a rendere punibili i « crimini contro la pace » fosse sufficiente l'Atto di Londra dell'8 agosto 1945 (posteriore, dunque, al tempo in cui i fatti erano stati commessi). Solo *ad abundantiam* vennero citate le consuetudini internazionali, relative alla illiceità internazionale della guerra di aggressione, invalse dopo la prima guerra mondiale. Da notare che, sia nell'atto di Londra, sia nelle consuetudini, mancava la statuizione delle pene da applicare per il caso di commissione degli illeciti.

Meglio allineata con il principio di irretroattività della legge penale è la punizione, anch'essa sancita dai Tribunali di Norimberga e di Tokio, dei crimini comuni (es., massacro di ebrei, di altre popolazioni civili ecc.). Infatti, nella maggior parte dei casi, questi fatti non erano giustificati neanche secondo il diritto dello Stato cui l'imputato apparteneva. L'adempimento di un dovere, cui la difesa sovente si appellava, non era una valida causa di esclusione del reato, posto che neanche negli ordinamenti in cui più è sviluppata la componente gerarchica il subordinato è tenuto ad obbedire a un ordine manifestamente criminoso. In ogni caso, poi, è possibile formulare un principio di diritto internazionale, in base al quale non vengono prese in considerazione le cause

(³) Per tutti, TAYLOR, *Norimberga e Vietnam*, Milano, 1971, pp. 68-85; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*⁵, cit., p. 120 s.; RÖLING, *The Nuremberg and Tokio Trials in Retrospect*, in BASSIUNI e NANDA, *A Treatise on International Criminal Law*, I, Springfield, 1973, p. 590 s. (*ivi*, a p. 608 s., 615 s. sono riportati estratti delle sentenze conclusive di tali processi): BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, nel volume collettivo *Diritto penale internazionale*, Roma, 1979, p. 23 s.

Inoltre, anche a proposito della repressione dei crimini commessi in occasione della guerra nella ex Jugoslavia, VASSALLI, *La giustizia penale internazionale. Studi*, Milano, 1995; BASSIUNI, *Indagine sui crimini di guerra nell'ex Jugoslavia*, Milano, 1997.

di esclusione del reato previste dal diritto interno ma in contrasto con precise norme del diritto internazionale.

Ma è da notare che anche negli ordinamenti europei di tipo continentale si sono avute, in momenti di forte tensione politica, deviazioni dal principio di irretroattività della legge penale incriminatrice. Ricordiamo, nei paesi soggetti alla dominazione nazista, la legge francese del 7 settembre 1941, relativa alla tutela dello sviluppo della ricostruzione nazionale e il decreto legge della R.S.I. dell'11 novembre 1943, relativo al tradimento della rivoluzione fascista; inoltre, dopo il crollo del regime nazista, le varie norme emanate in Germania per la punizione dei delitti nazisti e, per quel che concerne l'Italia, il D.Lg. 27 luglio 1944, n. 159, il quale prevedeva la punizione di «delitti fascisti» e di collaborazionismo con i tedeschi⁽⁴⁾.

A nostro parere, le violazioni del principio di irretroattività in qualche caso possono essere giustificate da apprezzabili motivi di giustizia sostanziale. Tuttavia, il pericolo di esporre la libertà del cittadino a sopraffazioni da parte del potere politico è così grave, da consigliare, in linea con la tradizione continentale europea, di tenere fermo il principio della irretroattività della legge penale incriminatrice⁽⁵⁾.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 stabilisce, all'art. 7, la irretroattività della legge penale incriminatrice con la sola eccezione della retroattività per il caso che il fatto, nel momento in cui fu commesso, fosse criminoso giusta i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili⁽⁶⁾.

A norma dell'art. 60 stessa Convenzione, peraltro, tale eccezione non può essere fatta valere in ordinamenti che, come il nostro, assicurano maggiori garanzie per il cittadino.

Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (la ratifica è stata autorizzata con L. 22 ottobre 1977, n. 881 e gli strumenti sono stati depositati il 15 settembre 1978; l'entrata in vigore per l'Italia è avvenuta il 15 dicembre 1978) prevede, al § 15, una disciplina analoga a quella di cui all'art. 7 della Convenzione citata.

⁽⁴⁾ Cfr. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, cit., p. 493; PODO, *Successione di leggi penali*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 658 s.

Per il periodo successivo, VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001.

⁽⁵⁾ Lo considera «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» Corte Cost. 23 novembre 2006, n. 294.

⁽⁶⁾ Sul principio di irretroattività della legge penale, cfr. Corte Cost. 11 dicembre 1973, n. 269.

CAPITOLO VI

LA VALIDITÀ DELLA NORMA PENALE
RISPETTO ALLE PERSONE**1. Le posizioni del soggetto nei confronti della norma penale.**

Il soggetto può entrare in rapporto con la norma penale in tre modi diversi: come soggetto del fatto, come soggetto della conseguenza giuridica e come soggetto del lecito o dell'illecito e rispettive sanzioni⁽¹⁾.

Soggetto del fatto è ogni persona che figura in una fattispecie prevista da una norma penale e, pertanto, deve essere presente nella situazione storica che integra un fatto giuridico penale. Non è necessario che sia lo stesso soggetto al quale è attribuito il reato: ad esempio, perché sia integrato il delitto di istigazione al suicidio (art. 580 c.p.), devono concorrere le condotte di due soggetti (l'istigatore e il suicida), ma solo a uno di essi è attribuito l'illecito. Nel delitto di favoreggiamento della immigrazione clandestina, che punisce la condotta di chi compie atti diretti a procurare l'ingresso o la permanenza illegali in uno Stato di uno straniero, quest'ultimo soggetto, pur necessario per il configurarsi dell'illecito in questione, non ne è autore, integrando invece un illecito diverso e di natura contravvenzionale (rispettivamente art. 12 e 10 *bis* d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e succ. mod.: *TUImm*)⁽²⁾. Anche nella situazione di liceità penale (es., omicidio per legittima difesa) si riscontrano più soggetti del fatto giuridico penale.

Soggetto della conseguenza giuridica è ogni persona che sta al centro della conseguenza giuridica prodotta dal fatto giuridico penale. Non occorre che sia il soggetto verso il quale si rivolge la sanzione:

⁽¹⁾ PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 363 s. (ora in *Scritti 1956-2008*, vol. I, p. 422 s.).

⁽²⁾ MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in MILITELLO-SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018, p. 40 s.

anche l'agente penitenziario, ad esempio, è soggetto della conseguenza giuridica su cui si impernia la pena detentiva.

Soggetto del lecito o dell'illecito e della rispettiva sanzione è la persona verso la quale si appunta la funzione teleologica dell'ordinamento, cioè la persona della quale, attraverso la statuizione di una conseguenza giuridica per lei favorevole o sfavorevole, l'ordinamento ha cercato di orientare la condotta. Se il soggetto si è conformato alla norma, egli sarà soggetto del lecito e della sanzione favorevole; in caso diverso, sarà soggetto dell'illecito e della sanzione sfavorevole.

La dottrina di solito confonde queste tre posizioni del soggetto. Ma, in realtà, senza una distinzione tra soggetto del fatto e soggetto dell'illecito, non si può impostare il problema della personalità dell'illecito penale, né si può offrire una sistemazione dogmatica di quelle ipotesi in cui, sebbene alla realizzazione del fatto concorrano più soggetti, l'illecito penale è attribuito a uno solo. Senza la distinzione tra soggetto della conseguenza giuridica e soggetto della sanzione, non si può porre il tema della personalità della sanzione, né si può comprendere la posizione del civilmente obbligato per la multa o l'ammenda, il quale viene ad assumere nella conseguenza giuridica un ruolo del tutto simile a quello del soggetto della sanzione, distaccandosi peraltro in modo assai netto da quest'ultimo.

2. Il soggetto del fatto.

Consideriamo, innanzi tutto, il soggetto del fatto. Sorge la questione se tutte le persone possano validamente figurare in un fatto giuridico penale.

La risposta è indubbiamente positiva per quelle persone, sia fisiche che giuridiche, che nel fatto non posseggono una posizione tale da attirare su di sé l'attribuzione dell'illecito. Tali persone possono essere costituite da qualsiasi uomo e, dove la struttura del fatto lo consenta, anche da una persona giuridica. Così soggetto passivo di un fatto di reato (es. furto) può essere indifferentemente una persona fisica o giuridica.

Maggiori dubbi si prospettano circa la idoneità di qualsiasi persona, fisica o giuridica, a compiere validamente la condotta che, in sede di attribuzione dell'illecito, si rivelerà come la condotta che l'ordinamento voleva impedire.

I. VECCHIO E NUOVO NELLA QUESTIONE DELLE PERSONE GIURIDICHE (RINVIO). Intanto, per quel che concerne le persone giuridiche, la circo-

stanza che il nostro diritto non conosce alcun caso di loro responsabilità penale⁽³⁾ ha indotto alcuni autori a ravvisarne la ragione nel fatto che le persone giuridiche, non avendo la capacità naturale di agire, non potrebbero realizzare mai un fatto di reato⁽⁴⁾.

Ma così il problema sarebbe mal posto. Infatti si deve osservare che la condotta della persona giuridica è la condotta svolta a mezzo dei suoi organi (cioè, a mezzo di persone fisiche). Questa condotta, come può validamente adempiere un fatto giuridico extrapenale, così è capace, in linea di principio, di integrare un fatto di reato⁽⁵⁾. Le ragioni per cui la persona giuridica è stata a lungo considerata — nel nostro e in consimili ordinamenti — non penalmente responsabile si devono ricercare non nella struttura del fatto, bensì nella imputazione dell'illecito penale⁽⁶⁾ e del lecito corrispondente. Profilo attinente piuttosto alla posizione della persona giuridica come soggetto non del fatto (qui specificamente in esame), ma dell'illecito penale e della corrispondente sanzione.

⁽³⁾ Una riprova di ciò si ha nell'art. 197 c.p.: «Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province e i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta».

Come si vede, la multa e l'ammenda (sanzioni penali) sono sempre riferite ad una persona fisica: la persona giuridica è destinataria eventuale (in caso di insolubilità del condannato) di una corrispondente obbligazione civile al pagamento di una somma.

⁽⁴⁾ PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milano, 1954, p. 79. Nello stesso senso, già BÜNGER, *Ueber Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe*, in *ZStW*, 1888, p. 573. Alla base di questa impostazione c'è la c.d. teoria della finzione della persona giuridica, elaborata da VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, vol. II, p. 2.

⁽⁵⁾ È la c.d. teoria organica o della realtà, risalente alla seconda metà dell'Ottocento (VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, Berlin, 1868) e sviluppata agli inizi del secolo scorso da F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18 Aufl., Berlin, 1911, p. 127 s. e nt. 3. In Italia essa è stata seguita dalla prevalente dottrina civilista del Novecento: cfr. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1982, p. 137 s.

⁽⁶⁾ Accortamente osservava DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 153 s., 158, che nei casi di responsabilità penale delle persone giuridiche ed in altri casi di responsabilità anomala «un'azione volontaria, positiva o negativa, sussiste in ogni caso, e di anomalo non c'è che il riferimento di tale azione a un soggetto incolpevole. Non si risponde per un fatto involontario, ma per il fatto volontario di un terzo. L'anomalia non è nella struttura del reato, ma nelle conseguenze che dal reato derivano, vale a dire nella responsabilità».

L'astratta possibilità di considerare la condotta delle persone giuridiche nella struttura del fatto di reato non assumeva, in origine, autonoma considerazione, a causa della sua irrilevanza nel nostro ordinamento tradizionale, che — come inizialmente ricordato — non prevedeva che alle persone giuridiche si potessero imputare illeciti penali (o anche penali amministrativi). Nel caso di reati connessi ad attività di impresa esercitata da una persona giuridica (es.: società per azioni) era solo la persona fisica, che avesse agito in qualità di suo organo (es.: amministratore), a potere assumere la posizione di soggetto tanto del fatto quanto del corrispondente illecito, poiché essa soltanto ne subiva le conseguenti sanzioni.

Il quadro tradizionale ha dovuto però fare i conti con una delle più significative innovazioni dell'ultimo ventennio nel nostro ordinamento, vale a dire l'introduzione di un articolato sistema di responsabilità da reato degli enti collettivi (persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica: d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, in attuazione della l. delega 29 settembre 2000 n. 300). Anticipando le conclusioni in proposito (e rinviando per le motivazioni *infra*, 4, I), il sistema ora in vigore conduce a riconoscere che l'ente possa — tramite i propri organi — compiere condotte illecite, che integrano gli elementi di un fatto di reato, ma la relativa responsabilità è costruita su un sistema di illecito (e conseguenti sanzioni) non penale, ma penale amministrativo.

II. LA CAPACITÀ DELLE PERSONE FISICHE DI AGIRE IN DIRITTO PENALE. Quanto alle persone fisiche, che pur sono i soggetti tradizionali del diritto penale, si può dubitare se tutte, dalla nascita fino alla morte, con una struttura fisio-psichica o con un'altra, con questa o quella qualifica giuridica, possano validamente compiere la condotta penalmente illecita.

Diciamo subito che la risposta deve essere affermativa. Tutte le persone fisiche hanno la capacità di agire per compiere una condotta penalmente illecita. E veniamo alla dimostrazione.

Per capacità di agire si intende, nella teoria generale del diritto (7), la idoneità a compiere un'azione od omissione che possa validamente entrare nella struttura di un atto giuridico. Quando si parla della capacità di agire in diritto penale, si intende, però, una capacità particolare: la idoneità delle persone fisiche a realizzare, validamente per il diritto, una condotta penalmente illecita.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO VII

IL CONCORSO DI NORME PENALI

1. Nozione del concorso di norme.

Concorso di norme penali è il convergere di più norme penali verso la stessa situazione di fatto. Si intende che le norme in questione devono essere valide in senso tecnico (cioè, appartenenti all'ordinamento che si considera: *supra*, cap. V, 1, I), nonché valide in senso empirico per quanto attiene al tempo, allo spazio e alle persone (*supra*, cap. V, 2 s.; cap. VI). Ad esempio, non vi è concorso di norme tra una norma italiana e una norma straniera, né tra una norma abrogata e una vigente.

Quando vi è un concorso di norme penali, può darsi che le norme, le quali convergono verso lo stesso fatto, si applichino tutte, oppure che l'applicabilità di qualcuna di esse resti esclusa in seguito all'applicabilità di un'altra. Nel primo caso, vi è un concorso effettivo di norme penali; nel secondo caso, un concorso apparente.

Per intendere quale tipo di problematica si pone la dottrina del concorso di norme, può utilmente riflettersi sul caso di Tizio, che, in una via cittadina, estratta una rivoltella per la quale non ha il porto d'armi, minaccia Caio e, immediatamente dopo, gli spara un primo colpo, che lo ferisce, e poi un secondo, che lo uccide. Qui sorge il dubbio se l'applicabilità della fattispecie di omicidio doloso consumato impedisca l'applicabilità di tutte le altre fattispecie concorrenti (porto abusivo di armi, esplosione pericolosa, minaccia, lesioni personali, danneggiamento dei vestiti della vittima, tentativo di omicidio) o di qualcuna di esse.

La dottrina del concorso di norme attiene, da un punto di vista sistematico, alla «applicabilità» della norma penale⁽¹⁾, intendendo questo concetto come porsi in concreto di una norma rispetto a una determinata

(1) Non si tratta di questione relativa alla interpretazione. Se è vero che, prima di interpretare le norme, non è possibile determinarne i limiti rispettivi, è anche vero che l'interpretazione delle singole norme per sé non dice nulla riguardo al problema in esame. E sarebbe troppo generico parlare di interpretazione dell'ordinamento (in tal senso, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto*

situazione di fatto⁽²⁾. Tuttavia, la sua rilevanza pratica si esplica nell'ambito della dottrina del concorso di reati. E, infatti, per decidere della unità o pluralità di reato, è necessario determinare quante volte sia realizzato il fatto descritto dalle norme penali: occorre, quindi, stabilire anzitutto quali siano, per qualità, le norme applicabili, mentre solo in un secondo momento può seguire l'indagine diretta ad accertare quante volte il contenuto di ogni norma sia stato realizzato⁽³⁾.

Queste considerazioni spianano la via a un ulteriore rilievo. Il concorso di norme, se tende a delimitare, per qualità, le norme applicabili a una determinata situazione di fatto, ha ragione di porsi soltanto tra norme eterogenee; mentre non avrebbe alcun senso ipotizzare il concorso di una norma con sé stessa. L'opinione opposta⁽⁴⁾ si basa su una eccessiva dilatazione dell'istituto, per la quale la teoria del concorso di norme, assorbendo totalmente la dottrina del concorso di reati, è costretta a porsi problemi che attengono esclusivamente a quest'ultima, come la determinazione del numero dei reati omogenei, che si deve invece condurre con esclusivo riferimento alla realizzazione unitaria o plurima del contenuto della medesima norma.

La impossibilità di profilare il concorso di una norma con sé stessa sussiste anche rispetto a quelle norme, le quali, pur essendo configurate dal legislatore attraverso una pluralità di espressioni verbali (esempio, art. 635, 648 c.p.), si mostrano, a una avveduta interpretazione, come norme unitarie («*leggi miste alternative*», talvolta anche indicate come «*norme a più fattispecie*»). In questa ipotesi sarebbe frutto di un esasperato formalismo ammettere un concorso tra le varie espressioni di cui si avvale il legislatore: perché il concorso, in realtà, si porrebbe tra più segni linguistici, ma non certo tra norme in quanto interpretate. Diverso, ovviamente, è il caso che nella medesima disposizione (ad esempio, nel medesimo articolo) siano effettivamente contenute più norme («*leggi miste cumulative*» o «*disposizioni a più norme*»⁽⁵⁾): perché allora la

di norme nel diritto penale, Bologna, 1966, p. 62 s.), posto che non esiste problema giuridico che non vi attenga.

(²) Il riferimento al porsi in concreto di una norma esclude la esattezza della tesi (per tutti, MORO, *Unità e pluralità di reati*², Padova, 1954, p. 109 s.), per la quale la dottrina del concorso di norme riguarderebbe un problema di validità (in senso tecnico) delle norme penali.

(³) FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, p. 94 s. (esiste anche una ristampa, Milano, 1971); VALLINI, *Concorso di norme e di reati*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato. Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO-PALIERO, vol. II, Torino, 2011, p. 260 s.; PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it.*, 2013, p. 1386 s.

(⁴) FROSALI, *op. cit.*, p. 520 s.

(⁵) Un esempio può essere costituito dall'art. 12, primo comma, d.lgs. 286/1998 (T.U. immi-

questione del concorso si pone come in ogni altro. Il delicato problema interpretativo della distinzione tra le ipotesi in cui la pluralità di espressioni verbali lascia sussistere l'unità della norma e le ipotesi in cui, viceversa, sono configurate più norme, viene trattato dalla teoria delle *norme penali congiunte* ⁽⁶⁾.

Infine, il concorso di norme si deve escludere in tutti i casi nei quali, pur sussistendo una diversità tra le norme concorrenti, questa non venga in rilievo rispetto alle finalità dell'istituto ⁽⁷⁾.

Perché si abbia concorso di norme occorre, dunque, in primo luogo, una pluralità di norme; ma occorre, altresì, la loro convergenza verso la medesima situazione di fatto, senza la quale non potrebbe mai porsi il problema della inapplicabilità di una norma come conseguenza dell'applicabilità di un'altra ⁽⁸⁾. Il verificarsi di questo requisito suppone che gli accadimenti storici, i quali si possono riportare al contenuto delle norme in questione, coincidano sul piano naturale, nel senso che l'uno sia interamente contenuto nell'altro; oppure che, pur facendo difetto questa unità naturale, la situazione non si presenti, rispetto ai fini delle norme, sostanzialmente diversa. Nel primo caso, si potrà parlare di unità naturale dell'accadimento; per il secondo, si può adottare la terminologia di unità normativa.

2. Requisiti del concorso apparente.

Per stabilire se il concorso di norme sia apparente o effettivo, è necessario fissare uno o più criteri ⁽⁹⁾.

grazione), nel quale si trovano incriminati i due distinti reati del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e del favoreggiamento dell'emigrazione irregolare.

⁽⁶⁾ Cfr. DELOGU, *Le norme penali congiunte*, in *Annali*, 1936, p. 521; SANTORO, *Norme penali congiunte e pluralità di reati e di circostanze*, in *Scuola pos.*, 1938, p. 341; PUNZO, *Reato continuato*, Padova, 1951, p. 65 s.; VASSALLI, *Antefatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 509; ID., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin*, in *Pubbl. Facoltà Giuridica Modena*, 1964, p. 153 s.; BRICOLA, *Il rapporto di alternatività tra le fattispecie di falso in copie autentiche previste dall'art. 478 c.p.*, in *Riv. it.*, 1960, p. 560; GIANNITI, *La fattispecie legale a condotta fungibile*, in *Scuola pos.*, 1961, p. 662; MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 178 s.; ID., *Diritto penale*¹⁰, cit., p. 462 s.

Per la giurisprudenza, ad esempio, Cass. 17 giugno 1993, *CED Cass.* 195053.

⁽⁷⁾ Cfr. PAGLIARO, *I reati connessi*, Palermo, 1956, p. 148 s. (ora in *Scritti 1956-2008*, vol. I, p. 109 s.).

⁽⁸⁾ MORO, *op. cit.*, 61; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 92 s.

Contra, F. MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 63, 167, 433. Ma è noto che, se gli accadimenti sono più, la possibilità di applicare ad alcuni la norma generale e ad altri la norma speciale non viene neppure posta in dubbio.

⁽⁹⁾ PAGLIARO, *Relazioni logiche e apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *In-*

Su questo punto, la posizione della dottrina non è né univoca né chiara. Da parte di taluni si ritiene che un solo criterio (specialità) sia sufficiente a regolare tutta la materia del concorso di norme⁽¹⁰⁾, pur operando poi varie distinzioni interne alla nozione generale di specialità accolta: si passa così a differenziare la «specialità in astratto» dalla «specialità in concreto»⁽¹¹⁾; oppure ad individuare una «specialità reciproca» (o «bilaterale») ulteriore rispetto alla «specialità unilaterale»⁽¹²⁾; o ancora a distinguere una «specialità per specificazione» da una «specialità per aggiunta»⁽¹³⁾. Tutte queste soluzioni peraltro fini-

dice penale, 1976, p. 217 (ora in *Scritti 1956-2008*, vol. III, p. 375 s.); FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 125 s.

⁽¹⁰⁾ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, p. 1 s.; ID., *Manuale di diritto penale*¹⁶, cit., p. 157 s. In giurisprudenza, l'impostazione unitaria ha avuto largo seguito: cfr. ad es. Cass., Sez. Un., 12 settembre 2017, n. 41588; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2017, n. 20664 (nota di COLUCCI, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, p. 43 s.); Cass., Sez. Un., 12 settembre 2017, n. 41588; Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 41164.

⁽¹¹⁾ DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, n. 108; CONTI, *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 1013 s.; CARACCIOLI, *Considerazioni sul concorso apparente di norme in tema di circolazione stradale*, in *Riv. giur. circ. e trasporti*, 1964, p. 1 s. dell'estratto; ANTOLISEI, *Manuale*¹⁶, cit., p. 141; MARINI, *Lineamenti*, cit., p. 202 s.; M. GALLO, *Diritto*, I, cit., p. 157 s.

Contro il concetto di specialità in concreto, si può obiettare che il requisito che il medesimo fatto concreto corrisponda simultaneamente ed egualmente, in tutte le sue parti, a due diverse fattispecie penali (requisito in cui per l'appunto si fa consistere il *quid proprii* della specialità in concreto) è solo un altro modo di prospettare quello che è il contenuto tipico del rapporto di specialità *sic et simpliciter*. Le applicazioni pratiche della specialità in concreto, in quanto vengono effettuate in modo da comportare sempre l'applicabilità della norma che prevede il reato più grave in casi nei quali non è ravvisabile il rapporto di specialità vero e proprio, corrispondono invece all'ambito di operatività del criterio di consunzione. Si tratta, in sostanza, di uno strano ibrido dogmatico, che serve a etichettare casi di consunzione come se fossero casi di specialità. Cfr. anche PULITANO, *Diritto penale*⁸, cit., p. 399.

⁽¹²⁾ SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, Milano, 1961; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 230 s.; ID., *Diritto penale*¹⁰, cit., p. 469 s. Cfr. pure, LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 82 s.; CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di leggi penali*, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 230; PALAZZO, *Corso di diritto penale*⁷, cit., p. 541. V. altresì, sia pure nell'ambito di costruzioni tese a usare il riferimento (strutturale) alla c.d. specialità reciproca come limite a considerazioni di valore, che vedremo sottese al criterio di consunzione, e non come sostitutivo di esse, VALLINI, *Concorso*, cit., p. 276 s.; SOTIS, *Il «fatto» nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Indice pen.*, 2017, p. 461 s.

La c.d. specialità reciproca (rapporto tra norme che, accanto a un nucleo comune, hanno ciascuna contrassegni propri), è a ben vedere una relazione fra norme che può dare luogo anche a un concorso effettivo di reati (es. rapporti tra il reato di violenza sessuale e incesto). V. PAGLIARO, *Relazioni sostanziali*, cit.

Termine estratto capitolo

PARTE II

IL REATO

CAPITOLO I
LA NOZIONE DI REATO

1. Le definizioni sostanziali del reato.

È antica aspirazione della dottrina penalistica quella di riuscire ad offrire una definizione sostanziale del reato; cioè, una definizione, la quale, oltre a indicare che cosa costituisce reato in un certo diritto positivo, possa valere come guida per il legislatore, al momento di stabilire quali fatti debbano essere incriminati.

I. IL GIUSNATURALISMO. Gli scrittori che ammettono la esistenza di un diritto naturale (sia questo fondato sull'ordine naturale delle cose, sul contratto sociale, su una legge *a priori* della coscienza, ecc.) cercano per lo più di dare anche una definizione sostanziale del reato (talvolta si parla di «delitto naturale»). Sarebbe tale un fatto, che turba gravemente l'ordine etico o, più propriamente, l'ordine giuridico naturale, e che perciò lo Stato vieta con la minaccia di una pena.

È superfluo in questa sede esporre in modo particolare questa dottrina nei diversi aspetti, che essa assume secondo la concezione del diritto naturale propria di ciascun autore⁽¹⁾. Basta un rilievo di fondo. Quando si dice che il reato è un certo tipo di violazione della legge naturale, e che questa violazione è colpita da sanzione penale da parte dello Stato, non si pone una definizione del reato: se ne pongono due. L'una, secondo il diritto naturale; l'altra, secondo il diritto positivo.

Si indicano, perciò, sotto unico nome, due concetti diversi: sicché il loro ambito di comprensione può anche non coincidere. Supponiamo che un fatto sia ritenuto gravemente offensivo dell'ordine giuridico naturale: ora, può accadere che esso sia previsto dalla legge tra i fatti col-

(¹) A titolo di esempio ricordiamo: ROMAGNOSI, *Genesis del diritto penale*, Napoli, 1825, § 1559 (di ispirazione illuminista); PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, p. 138 s., 149 s. (di ispirazione hegeliana); MAGGIORE, *Diritto penale*, I, Bologna, 1951, p. 189 s. (di ispirazione tomista).

piti da pena; ma può accadere egualmente che nessuna sanzione penale sia prevista dalla legge per quel fatto.

Nell'ipotesi inversa, un fatto ritenuto non gravemente offensivo per l'ordine giuridico naturale può anche essere colpito da una pena secondo le leggi dello Stato (si pensi a certi delitti politici, a certe contravvenzioni).

Per risolvere l'antinomia, chi insistesse nel sostenere che la definizione sostanziale di reato indichi un solo concetto, si troverebbe legato ad una delle soluzioni seguenti. Potrebbe pensare che un fatto, a suo avviso contrario al diritto naturale nei modi e nelle forme necessarie per costituire reato, debba essere punito anche se la legge dello Stato non prevede per esso alcuna punizione; ma questa soluzione contrasterebbe con la certezza del diritto e, in particolare, con il principio di legalità ormai saldamente radicato nel diritto penale del continente europeo. Potrebbe sostenere che un fatto, in quanto è minacciato di pena da una legge dello Stato, è per ciò stesso gravemente lesivo dell'ordine giuridico naturale; ma, in questo modo, vuoterebbe di effettivo contenuto il richiamo a un ordine etico superiore alla legge dello Stato e, per di più, darebbe corpo all'assurda idea che le leggi dello Stato siano sempre espressione di una perfetta giustizia. Infine, potrebbe limitare la punibilità ai casi che costituiscano la violazione qualificata del diritto naturale e al tempo stesso il presupposto dell'applicabilità di una pena secondo le leggi dello Stato: ma così, da un punto di vista teorico, non si spiegherebbe la ragione di essere di quelle leggi dello Stato, le quali dispongono pene per fatti non gravemente lesivi dell'ordine etico, né si comprenderebbe come mai queste pene siano applicate dai tribunali; mentre, da un punto di vista pratico, si porrebbe ancora una volta in pericolo la certezza del diritto, dato che fin troppo facile sarebbe al giudice negare la punibilità di un fatto, argomentando da una sua presunta non rispondenza ai caratteri ideali che, secondo una particolare concezione del diritto naturale, dovrebbe presentare il reato.

In fondo, è assai sintomatico che gli scrittori, i quali sostengono la nozione sostanziale di reato fondata sul diritto naturale, mentre limitano la punibilità ai soli fatti previsti dalla legge come reato, al tempo stesso la ammettono per tutti i fatti incriminati da una legge statale ritenuta valida, anche se direttamente non lesivi dell'ordine etico naturale. Ciò dimostra che, al momento di determinare che cosa costituisce reato per un certo diritto positivo, conta soltanto la nozione formale di reato.

Termine estratto capitolo